

## RECHTSMACHT VOOR CONTRACTUELE GESCHILLEN EN DE EXPANSIE VAN DE ‘OVEREENKOMST VAN DIENSTVERLENING’

### 1. Inleiding

Een aan internationaal privaatrecht (verder: “IPR”) gewijde bijdrage in een bundel met het thema Europees privaatrecht nodigt uit tot het onderzoeken van de invloed van het Europese recht op het IPR. Dat is onder meer gedaan door Israël en Saarloos in de in 2014 verschenen, mede door Carla Sieburgh geredigeerde bundel *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*. De auteurs bespreken daarin “het internationaal privaatrechtelijk harmonisatiebeleid”, dat “sinds 1999 een indrukwekkende lijst aan Europese wetgeving [heeft] opgeleverd”.<sup>2</sup> Wat volgt is een bespreking van maar liefst vijftien IPR-instrumenten.<sup>3</sup> Daar kunnen (inmiddels) nog vier andere IPR-regelingen aan worden toegevoegd.<sup>4</sup>

Zonder veel overdrijving kan worden geconstateerd dat met de gestage stroom aan IPR-regelgeving die ons de afgelopen decennia vanuit ‘Brussel’ heeft bereikt, een Europees IPR-systeem is ontstaan. Van groot belang daarbinnen is het Hof van Justitie. Via zijn prejudiciële beslissingsbevoegdheid kan het Hof bepalingen uit IPR-regelingen – meestal verordeningen, soms richtlijnen – uitleggen, indien nodig verfijnen en daarmee het systeem van Europees IPR verbeteren. Dit vormt een belangrijk voordeel ten opzichte van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, die veel IPR-verdragen tot stand heeft gebracht.<sup>5</sup> Voor de Haagse verdragen bestaat geen supranationale autoriteit die interpretatiekwesties kan beslechten.<sup>6</sup>

Daarmee is niet gezegd dat de aanpak van het Hof van Justitie altijd leidt tot een verbetering van het Europese IPR-systeem. Eén van de terreinen waarop dat mijns inziens niet het geval is, betreft de rechtsmacht voor contractuele geschillen, inmiddels geregeld in art. 7 sub 1 van de Brussel Ibis-Verordening.<sup>7</sup> Al in zijn eerste arresten over het EEX-Verdrag, de eerste Europese regeling omtrent

---

<sup>1</sup> Mr. dr. S. van Dongen is als universitair docent (burgerlijk recht en IPR) verbonden aan de Radboud Universiteit.

<sup>2</sup> J. Israël & K. Saarloos, ‘Europees internationaal privaatrecht’, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht deel 81-II), p. 961.

<sup>3</sup> A.w., p. 962-1009. Om de voetnoot niet nog langer te laten worden, volsta ik met verkorte aanduidingen: de Brussel I-verordening (nr. 44/2001), inmiddels herschikt tot Brussel Ibis (nr. 1215/2012); de EET-Verordening (nr. 805/2004); de EBB-Verordening (nr. 1896/2006); de Verordening betreffende geringe vorderingen (nr. 861/2007), inmiddels gewijzigd in de herziene Verordening betreffende geringe vorderingen (nr. 2015/2421); de – inmiddels in werking getreden – Verordening Europees bankbeslag (nr. 655/2014); de Insolventieverordening (nr. 1346/2000), inmiddels herschikt tot IVO II (2015/848); de Brussel Ibis-Verordening (nr. 2201/2003), waarvan een herschikking in de maak is (zie COM/2016/411 def.); de Alimentatieverordening (nr. 4/2009); de Erfrechtverordening (nr. 650/2012); de Betekeningsverordening (nr. 1348/2000); de Bewijsverordening (nr. 1206/2001); de Rechtsbijstandsrichtlijn (2002/8/EG); de Rome I-Verordening (nr. 593/2008); de Rome II-Verordening (nr. 864/2007); en de Rome III-Verordening (nr. 1259/2010), waaraan Nederland niet meedoet.

<sup>4</sup> Dit is in de eerste plaats een Insolventierichtlijn voor kredietinstellingen (2001/24/EG). Tot 31 december 2015 bestond een vergelijkbare Insolventierichtlijn voor verzekeringsondernemingen (2001/17/EG). De bepalingen van deze richtlijn zijn nu te vinden in Titel IV van de Richtlijn Solvabiliteit II (2009/138/EG), die niet alleen het IPR omvat. Van recente datum zijn daarnaast de Verordening Huwelijksvermogensstelsels (nr. 2016/1103) en de Verordening Geregistreerde partnerschappen (nr. 2016/1104), die zien op het huwelijks- en partnerschapsvermogensrecht en van toepassing worden op 29 januari 2019.

<sup>5</sup> Zie voor een korte toelichting en een lijst van 24 verdragen (waar het Haags Forumkeuzeverdrag (*Trb.* 2009, 31) aan kan worden toegevoegd) Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Kluwer: Deventer 2015 (verder: “Strikwerda 2015”), nr. 12.

<sup>6</sup> Zie ook Asser/Vonken 10-I 2013/54.

<sup>7</sup> Verordening (EU) nr. 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1.

rechtsmacht en erkenning en tenuitvoerlegging, heeft het Hof deze bepaling op een niet al te gelukkige wijze nader vormgegeven.<sup>8</sup> Aan de reeks van uitspraken die daarop is gevolgd, kan sinds 15 juni 2017 het arrest Kareda/Benkö worden toegevoegd. Dit arrest toont ten enenmale aan dat art. 7 sub 1 Brussel Ibis in zijn huidige opzet en uitleg problematisch is. In paragraaf 2 van deze bijdrage sta ik stil bij (de ontstaansgeschiedenis van) deze bepaling. In paragraaf 3 bespreek ik het arrest Kareda/Benkö, om vervolgens in paragraaf 4 een eenvoudigere bevoegdheidsregel voor contractuele geschillen voor te stellen.

## 2. Art. 7 sub 1 Brussel Ibis

### 2.1 Inleiding

Art. 7 sub 1 Brussel Ibis vormt een alternatief ten opzichte van de hoofdregel van art. 4 Brussel Ibis. Deze laatste bepaling kent rechtsmacht toe aan de rechters van de lidstaat waar de verweerder woonplaats heeft. Indien op grond van art. 7 sub 1 Brussel Ibis een andere rechter rechtsmacht heeft, mag de eiser kiezen voor welke rechter hij de verweerder wenst op te roepen. De tekst van art. 7, aanhef en sub 1 Brussel Ibis luidt als volgt:

“Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende gerechten worden opgeroepen:

1. a. ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd;
- b. voor de toepassing van deze bepaling is, tenzij anders is overeengekomen, de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt:
  - voor de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken, de plaats in een lidstaat waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of geleverd hadden moeten worden;
  - voor de verstrekking van diensten, de plaats in een lidstaat waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden;
- c. punt a) is van toepassing indien punt b) niet van toepassing is”.

Al voor het arrest Kareda/Benkö was dit een gecompliceerde bepaling. Dit is overigens niet alleen te wijten aan eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie, maar ook aan de Europese wetgever zelf. Het uitgangspunt is eigenlijk eenvoudig: een contractuele vordering moet kunnen worden ingesteld voor de rechter van de plaats waar het desbetreffende contract moet worden uitgevoerd. Een lastige vraag betreft echter de lokalisatie: hoe dient de plaats van uitvoering te worden vastgesteld, indien de partijen daarover in hun overeenkomst niets hebben bepaald?<sup>9</sup> Daaraan vooraf gaat de vraag naar identificatie: indien uit een overeenkomst – zoals meestal het geval zal zijn – verschillende verbintenissen voortvloeien, welke daarvan is dan maatgevend voor de beoordeling van de rechtsmacht?<sup>10</sup>

Bij de beantwoording van deze vragen dient een onderscheid te worden gemaakt tussen art. 7 sub 1 onder a enerzijds en art. 7 sub 1 onder b anderzijds. De regel onder a geldt voor overeenkomsten *in het algemeen* en bestond al ten tijde van het EEX-Verdrag. Het bepaalde onder b is ingevoegd bij de

---

<sup>8</sup> Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel, 27 september 1968, *PbEG* 1998, C 27/1 (geconsolideerde versie).

<sup>9</sup> In die situatie is in principe het gerecht van de aangewezen plaats bevoegd, zo volgt uit HvJ EG 17 januari 1980, zaak 56/79, *NJ* 1980, m.nt. J.C. Schultsz (*Zelger/Salinitri*), r.o. 5. Zie uitgebreider M. Lehmann, in: A. Dickinson & E. Lein, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford: OUP 2015 (verder: “Lehmann 2015”), nr. 4.53-4.55.

<sup>10</sup> Overigens gaat daar weer de kwalificatievraag aan vooraf: wanneer is sprake van een verbintenis uit overeenkomst? Deze vraag, die eveneens aanleiding heeft gegeven tot jurisprudentie, laat ik op deze plaats buiten beschouwing.

omzetting van dit verdrag in de EEX- of Brussel I-Verordening, de voorganger van Brussel Ibis.<sup>11</sup> Deze regel – die door bijvoorbeeld Strikwerda nog wordt aangeduid als ‘hulpregel’, maar zoals zal blijken, gaat dat niet meer op – geldt voor *koopovereenkomsten van roerende lichamelijke zaken en overeenkomsten van dienstverlening*.<sup>12</sup> In het vervolg van deze paragraaf ga ik achtereenvolgens op elk van deze regels in.

## 2.2 Overeenkomsten ‘in het algemeen’ (onder a)

Op 6 oktober 1976 wees het Hof van Justitie de eerste twee arresten over de uitleg van het EEX-Verdrag: De Bloos/Bouyer en Tessili/Dunlop.<sup>13</sup> In beide zaken werd het Hof geconfronteerd met vragen omtrent (het toenmalige) art. 5 sub 1 EEX-Verdrag. Overigens was de daarin neergelegde bevoegdheidsgrond ten tijde van deze arresten anders geformuleerd dan de regel die nu te vinden is in art. 7 sub 1 onder a Brussel Ibis, en wel als volgt:

“Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende Staat, kan in een andere verdragsluitende Staat voor de navolgende gerechten worden opgeroepen:

1. a. ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst: voor het gerecht van de plaats, waar *de verbintenis* is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd” (cursivering SvD).

In het arrest De Bloos/Bouyer ging het om identificatie: de uitleg van de gecursiveerde woorden ‘de verbintenis’. De zaak betrof een geschil tussen twee ondernemingen: de in Frankrijk gevestigde Bouyer en De Bloos, gevestigd in België. Bouyer had aan De Bloos het alleenrecht verleend om de door haar onder de merknaam ‘Bouyer’ vervaardigde producten te verkopen in België, Luxemburg en Congo. Nadat Bouyer de overeenkomst dertien jaar later eenzijdig en zonder voorafgaande kennisgeving had opgezegd, vorderde De Bloos voor de Belgische rechter vergoeding van de door haar als gevolg van de eenzijdige beëindiging geleden schade.

Aangezien op grond van de hoofdregel van (destijds) art. 2 de Franse rechter rechtsmacht had en evenmin sprake was van een forumkeuze in overeenstemming met art. 17, zou de Belgische rechter slechts rechtsmacht kunnen ontlenen aan art. 5 sub 1 EEX-Verdrag. Ter beoordeling van de vraag of deze bepaling inderdaad rechtsmacht bood, werd aan het Hof van Justitie gevraagd om welke verbintenis het daarin ging: de verbintenis(sen) voortvloeiend uit de alleenverkoopovereenkomst zelf, of ook die voortvloeiend uit de ter uitvoering daarvan gesloten koopovereenkomsten? Of daarentegen de verbintenis die ten grondslag lag aan de ingestelde vordering? En diende in het laatste geval te worden gekeken naar de oorspronkelijke verbintenis om in het contractgebied niet aan anderen te verkopen, dan wel bij eenzijdige opzegging een redelijke termijn in acht te nemen, of naar de (vervangende) verbintenis tot het betalen van schadevergoeding?

Het Hof van Justitie koos voor “de contractuele verbintenis die aan de vordering in rechte ten grondslag ligt, dat wil zeggen de verbintenis van de concessiegever, welke de keerzijde vormt van het contractuele recht waarop de concessiehouder zich voor zijn vordering beroept”.<sup>14</sup> Indien, zoals in het arrest het geval was, schadevergoeding wordt gevorderd, blijft het bovendien om de oorspronkelijke

---

<sup>11</sup> Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1.

<sup>12</sup> Zie Strikwerda 2015, nr. 237.

<sup>13</sup> HvJ EG 6 oktober 1976, zaak 14/76, *NJ* 1977/170, m.nt. J.C. Schultsz (*De Bloos/Bouyer*); HvJ EG 6 oktober 1976, zaak 12/76, *NJ* 1977/169 (*Tessili/Dunlop*).

<sup>14</sup> R.o. 15 van het arrest De Bloos/Bouyer.

verbintenis gaan. Naar aanleiding van het arrest De Bloos/Bouyer is de zinsnede “die aan de eis ten grondslag ligt” in art. 5 sub 1 EEX-Verdrag ingevoegd.<sup>15</sup>

Het arrest Tessili/Dunlop zag op de lokalisatie. Het geschil ging om een koopovereenkomst van skikostuums tussen verkoper Tessili en koper Dunlop, gevestigd in respectievelijk Italië (Como) en Duitsland (Hanau am Main). Ontevreden over de kwaliteit van de geleverde skikostuums vorderde Dunlop voor de Duitse rechter om ontbinding van de overeenkomst. De “verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt” is in dit geval de verplichting tot het leveren van (deugdelijke) skikostuums. De vraag die aan het Hof van Justitie werd voorgelegd, was hoe de rechter de plaats van uitvoering van deze verbintenis dient vast te stellen.

Volgens het Hof van Justitie moet de aangezochte rechter ter beoordeling van zijn bevoegdheid i) eerst aan de hand van zijn eigen regels van IPR bepalen welk recht op de overeenkomst van toepassing is, en ii) vervolgens in overeenstemming met het toepasselijke recht vaststellen wat de plaats van uitvoering is van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt (ook wel ‘litigieuze verbintenis’ genoemd).<sup>16</sup> In het vervolg van deze bijdrage duid ik deze stappen aan als de ‘Tessili/Dunlop-methode’.

Deze arresten – en de daaropvolgende jurisprudentie, waarin het Hof aan zijn benadering is blijven vasthouden – hebben tot veel kritiek geleid.<sup>17</sup> Zo wordt bezwaarlijk geacht dat een rechter al bij de beoordeling van zijn rechtsmacht dient te onderzoeken welk recht van toepassing is en wat daarvan de inhoud is.<sup>18</sup> Daarnaast heeft het belang dat wordt gehecht aan ‘de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt’, tot gevolg dat de plaats van uitvoering – en daarmee de bevoegde rechter – kan verschillen, onder meer naargelang de contractpartij die het initiatief voor de rechterlijke procedure neemt.<sup>19</sup> Zo was in het arrest Tessili/Dunlop de verplichting tot het afleveren van de skikostuums de litigieuze verbintenis. Indien het daarentegen niet Dunlop, maar Tessili zou zijn geweest die Dunlop had aangesproken tot betaling van de koopprijs, was Dunlops verplichting tot betaling van de koopprijs de litigieuze verbintenis geweest. Dit terwijl vermoedelijk ook in die situatie de (on)deugdelijkheid van de geleverde skipakken het eigenlijke voorwerp van de juridische strijd zou zijn. Uit het op 5 oktober 1999 gewezen arrest Leathertex volgt bovendien dat indien een vordering berust op twee of meer gelijkwaardige verbintenissen die uit dezelfde overeenkomst – in het arrest een agentuurovereenkomst – voortvloeien, de rechter zijn bevoegdheid voor elke verbintenis *afzonderlijk* dient te bepalen.<sup>20</sup> Dit kan leiden tot een splitsing van bevoegdheid: de Belgische rechter had (vermoedelijk) wel rechtsmacht ten aanzien van de vordering tot betaling van de opzeggingsvergoeding, maar niet wat betreft de vordering tot betaling van achterstallig commissieloon.<sup>21</sup> Daar komt bij dat het voor dergelijke geldelijke verplichtingen bezwaarlijk wordt geacht dat indien zij volgens het toepasselijke recht worden aangemerkt als brengschuld (zie bijvoorbeeld bij ons art. 6:116 BW, maar ook art. 57 van het Weens Koopverdrag), dit veelal leidt tot

<sup>15</sup> Dit gebeurde bij het Verdrag inzake de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van 9 oktober 1978, *Trb.* 1978, 175.

<sup>16</sup> R.o. 13 van het arrest Tessili/Dunlop.

<sup>17</sup> Zie bijv. B. Audit, *Droit international privé*, Parijs: Economica 2010, nr. 525, die de rechtspraak aanduidt als “catastrophique”; D. Bureau & H. Muir Watt, *Droit international privé / 2. Partie spéciale*, Parijs: Presses Universitaires de France 2014 (verder: “Bureau & Muir Watt 2014”), nr. 886-888, waaruit o.m. blijkt dat de eerste civiele kamer van de Franse *Cour de cassation* in 1997 ronduit heeft geweigerd om het Hof van Justitie te volgen.

<sup>18</sup> Aldus ook J. Kropholler/J. Von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt a/M: Verlag Recht und Wirtschaft 2011 (verder: “Kropholler/Von Hein 2011”) EuGVO Art. 5, nr. 23; Lehmann 2015, nr. 4.58.

<sup>19</sup> Bureau & Muir Watt 2014, nr. 885; Lehmann 2015, nr. 4.57.

<sup>20</sup> HvJ EG 5 oktober 1999, C-420/97, *NJ* 2001/91, m.nt. P. Vlas (*Leathertex*), r.o. 42.

<sup>21</sup> Zie ook Strikwerda 2015, nr. 237; Kropholler/Von Hein 2011, nr. 32.

het als ongewenst beschouwde *forum actoris*: rechtsmacht voor de rechter van de woonplaats van de eiser.<sup>22</sup>

### 2.3 Koopovereenkomsten en overeenkomsten van dienstverlening (onder b)

Bij de omzetting van het EEX-Verdrag in Brussel I is de bepaling uitgebreid met de regel onder b. Daarin wordt de rechtsmacht voor twee typen overeenkomsten – de koop van roerende lichamelijke zaken en de verstrekking van diensten – geconcentreerd op de plaats van levering van de zaken dan wel de verstrekking van de diensten. In het Commissievoorstel wordt onder verwijzing naar het arrest Tessili/Dunlop opgemerkt dat deze uitbreiding dient om “de bezwaren te ondervangen die rijzen wanneer het internationaal privaatrecht wordt gevolgd van de staat welks gerecht is ingeschakeld”.<sup>23</sup>

Opmerkelijk is dat deze bezwaren kennelijk niet doorslaggevend waren voor andere typen contracten. Men heeft niet gekozen voor een bevoegdheidsregel op grond waarvan de rechtsmacht voor *alle* overeenkomsten wordt geconcentreerd op de plaats van uitvoering van de kenmerkende prestatie – want dat is immers wat de levering is voor een koopovereenkomst en de verstrekking van diensten voor een overeenkomst van dienstverlening. In plaats daarvan is voor andere overeenkomsten de oude regel behouden gebleven, inclusief – zo blijkt expliciet uit het Commissievoorstel – de Tessili/Dunlop-methode.<sup>24</sup> Men kan zich afvragen welke redenen de Europese wetgever had voor deze, ook in mijn ogen “*unbefriedigende Aufspaltung*”.<sup>25</sup>

In het op 23 april 2009 gewezen arrest Falco Privatstiftung heeft ook het Hof van Justitie geweigerd om bij de toepassing van art. 5 sub 1 onder a Brussel I afstand te doen van de Tessili/Dunlop-methode.<sup>26</sup> Gelet op de omstandigheid dat het Hof in eerdere arresten eveneens aan deze methode is blijven vasthouden, alsmede het zojuist genoemde Commissievoorstel, waaraan het Hof ook refereert, is dit niet bijzonder verrassend.

### 2.4 Reikwijdte van het begrip ‘diensten’

Zeker gelet op het vervolg van deze bijdrage is het arrest Falco Privatstiftung echter vooral omwille van een ander aspect interessant. Het Hof van Justitie geeft daarin een analyse van wat onder het begrip ‘diensten’ dient te worden verstaan. Volgens het Hof houdt dit “op zijn minst in dat de partij die ze verstrekt, tegen vergoeding een bepaalde activiteit verricht.”<sup>27</sup> Gelet daarop kan de licentieovereenkomst waar het in het arrest om ging, niet als een overeenkomst voor de verstrekking van diensten worden beschouwd. Een licentiegever verricht met het toestaan van het gebruik van een intellectueel eigendomsrecht geen enkele prestatie; hij verbindt zich er uitsluitend toe om dit recht door een licentienemer te laten gebruiken.<sup>28</sup> Het Hof voegt daaraan toe dat deze uitleg niet wordt beïnvloed door de (ruimere) betekenis van het begrip diensten in art. 50 EG (inmiddels art. 57 VWEU). Die is immers ingegeven door het streven om zoveel mogelijk economische activiteiten die niet onder het vrij verkeer van goederen, personen of kapitaal vallen, binnen de werkingssfeer van het

<sup>22</sup> Zie o.m. Kropholler/Von Hein 2011, EuGVO Art. 5, nr. 23-24; Bureau & Muir Watt 2014, nr. 887-888.

<sup>23</sup> COM(99)0348 def., artikelsgewijs commentaar op art. 5 Brussel I (in §4.5).

<sup>24</sup> COM(99)0348 def., artikelsgewijs commentaar op art. 5 Brussel I (in §4.5).

<sup>25</sup> De bewoordingen zijn ontleend aan S. Leible, in: Th. Rauscher, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR. Band I. Brüssel Ia-VO*, Keulen: Otto Schmidt 2016, Art. 7 Brüssel Ia-VO (verder: “Leible 2016”), nr. 39. Zie tevens Kropholler/Von Hein 2011, nr. 31; Lehmann 2015, nr. 4.60.

<sup>26</sup> HvJ EG 23 april 2009 C-533/07, AA 2009, p. 400 e.v., m.nt. M.V. Polak (*Falco Privatstiftung*), r.o. 48-55.

<sup>27</sup> R.o. 29 van het arrest Falco Privatstiftung.

<sup>28</sup> R.o. 31 van het arrest Falco Privatstiftung.

vrij verkeer van diensten te brengen. Dit geldt ook voor de ruimere uitleg die het begrip diensten in de btw-richtlijnen heeft. In deze richtlijnen worden namelijk alleen de levering van goederen en de verrichting van diensten als belastbare handelingen aangemerkt. Daarentegen heeft de bevoegdheidsregel ook op andere categorieën overeenkomsten betrekking – zo volgt immers uit de regel onder a.<sup>29</sup> Het Hof besluit zijn analyse met de interessante opmerking dat indien het begrip diensten desondanks ruimer zou worden uitgelegd, dit “erop [zou] neerkomen dat de bedoeling van de gemeenschapswetgever dienaangaande wordt omzeild en (...) het nuttig effect van artikel 5, punt 1, sub c en a, [zou] aantasten.”

Opmerkelijk hieraan – temeer gelet op het belang dat het Hof van Justitie wat betreft de Tessili/Dunlop-methode heeft gehecht aan het vasthouden aan eerdere jurisprudentie – is dat het Hof zich in het Kareda/Benkö-arrest vervolgens níet aan deze overwegingen lijkt te hebben gehouden.

### 3. Het arrest Kareda/Benkö

#### 3.1 *Het geschil*

Aan het arrest ligt een geschil ten grondslag tussen Saale Kareda en Stefan Benkö.<sup>30</sup> Zij hebben in 2007 samen in Oostenrijk een eengezinswoning gekocht en ter financiering daarvan drie overeenkomsten van geldlening (in het arrest aangeduid als ‘kredietovereenkomst’) gesloten met een Oostenrijkse bank. Eind 2011 is Kareda uit Oostenrijk vertrokken en teruggekeerd naar Estland, de lidstaat waarvan zij ook de nationaliteit bezit. Nadat zij in juni 2012 is opgehouden bij te dragen aan de aflossing van de geldleningen, heeft Benkö de verschuldigde betalingen alleen verricht. Op 2 februari 2015 stelt hij voor de rechter van zijn eigen woonplaats – het *Landesgericht* Sankt Pölten – een regresvordering in jegens Kareda voor de bedragen die hij tot en met juni 2014 voor haar heeft betaald. De vraag die de Oostenrijkse gerechten verdeeld houdt, is of deze rechter bevoegd is om van deze vordering kennis te nemen. Daarbij is van belang dat de bevoegdheidsregels van art. 7 Brussel Ibis een ‘dubbelfunctie’ hebben, in die zin dat daarmee niet alleen de internationale bevoegdheid, maar ook de interne relatieve bevoegdheid van de rechter wordt bepaald.<sup>31</sup>

#### 3.2 *Het oordeel van het Hof van Justitie*

Het Hof ziet zich eerst gesteld voor de vraag of art. 7 sub 1 Brussel Ibis wel betrekking heeft op een regresvordering tussen twee medeschuldenaren van een kredietovereenkomst. Volgens het Hof is dit het geval. Het zou gekunsteld zijn om de regresverhouding af te splitsen van de overeenkomst die daaraan ten grondslag ligt. Bovendien strookt dit met art. 16 van de Rome I-Verordening, waarin – voor de vaststelling van het toepasselijke recht – de verhouding tussen verschillende schuldenaren ook wordt aangeknoopt bij de verbintenis die tussen één van deze schuldenaren en de schuldeiser bestaat.<sup>32</sup>

De meest intrigerende overwegingen van het Hof betreffen de tweede prejudiciële vraag: dient een geldlening te worden aangemerkt als overeenkomst voor de verstrekking van diensten? Het Hof herhaalt het criterium dat het heeft geïntroduceerd in het arrest *Falco Privatstiftung*, op grond waarvan het verstrekken van diensten ten minste vereist dat tegen een vergoeding een bepaalde activiteit wordt verricht. Zonder veel omwegen vervolgt het Hof met de stelling dat de dienst in een overeenkomst van

---

<sup>29</sup> R.o. 33-40 van het arrest *Falco Privatstiftung*.

<sup>30</sup> HvJ EU 15 juni 2017, C-249/16 (*Kareda/Benkö*).

<sup>31</sup> Strikwerda 2015, nr. 236.

<sup>32</sup> Verordening (EG) nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEU* 2008, L 177/6. Zie r.o. 31-33 van het arrest *Kareda/Benkö*.

geldlening bestaat uit “de overdracht van een geldbedrag door de [kredietgever] aan de [kredietnemer], in ruil voor een vergoeding die door de kredietnemer, in beginsel, wordt betaald in de vorm van rente.”<sup>33</sup> Het Hof beschouwt een geldlening dus als een overeenkomst van dienstverlening.

De derde en laatste prejudiciële vraag betreft vervolgens de invulling van de regel van art. 7 sub 1 onder b Brussel Ibis: waar bevindt zich de plaats waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden? Het gaat hier, zoals het Hof ook opmerkt, in feite om de vraag wat de kenmerkende verbintenis van een overeenkomst van geldlening is. Volgens het Hof is dit “de kredietverstrekking zelf”. Bijgevolg dient de vestigingsplaats van de kredietinstelling te worden beschouwd als de plaats waar de diensten conform art. 7 sub 1 onder b werden verstrekt.<sup>34</sup> Dit betekent dat het *Landesgericht* Sankt Pölten niet bevoegd was om kennis te nemen van de regresvordering van Benkö jegens Kareda. Aangezien de Oostenrijkse bank was gevestigd in Wenen, had Benkö zijn vordering aanhangig moeten maken voor het *Landesgericht* te Wenen. Inmiddels heeft het *Oberster Gerichtshof* ook in die zin geoordeeld.<sup>35</sup>

### 3.3 Bezwaren

Deze laatste overweging van het Hof van Justitie, die inhoudt dat de kenmerkende prestatie in geval van een overeenkomst van geldlening door de uitlener wordt verricht, komt overeen met wat ook in Nederland de heersende opvatting is.<sup>36</sup> Dit wordt echter van belang geacht in het kader van art. 4 lid 2 Rome I, waarin een algemene regel te vinden is op grond waarvan een overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waar de kenmerkende prestatie zijn gewone verblijfplaats heeft. Als gevolg van het arrest Kareda/Benkö dient het toepasselijke recht op een overeenkomst van geldlening voortaan echter te worden gevonden met behulp van art. 4 lid 1 sub b Rome I, dat een specifieke verwijzingsregel voor overeenkomsten van dienstverlening bevat. In de considerans van deze verordening wordt immers opgemerkt dat “het concept ‘verrichten van diensten’ (...) op dezelfde wijze [moet] worden geïnterpreteerd als bij de toepassing van artikel 5 Brussel I (...)” – inmiddels art. 7 Brussel Ibis.<sup>37</sup> Overigens leidt art. 4 lid 1 sub b Rome I niet tot een ander toepasselijk recht dan art. 4 lid 2 Rome I.

Voor de rechtsmacht kan het wel degelijk uitmaken of zij wordt beoordeeld op grond van art. 7 sub 1 onder a of onder b Brussel Ibis. De regel onder b wijst, zoals hiervoor bleek, naar de rechter van de vestigingsplaats van de bank. In het kader van de regel onder a dient eerst de litigieuze verbintenis te worden geïdentificeerd. Dit is de (oorspronkelijke) verbintenis van Kareda om rente- en aflossingsbetalingen te verrichten aan de bank. In overeenstemming met de Tessili/Dunlop-methode dient deze verbintenis vervolgens te worden gelokaliseerd aan de hand van het toepasselijke Oostenrijkse recht. Waar dit concreet toe zou hebben geleid, is overigens niet duidelijk. Uit de verwijzingsbeslissing van het *Oberster Gerichtshof* volgt namelijk dat het Oostenrijkse recht met ingang van 15 maart 2013 is gewijzigd.<sup>38</sup> Voor deze datum werden geldelijke verplichtingen beschouwd als haalschuld, terwijl het huidige recht ze bestempelt als brengschuld. Het *Oberster Gerichtshof* legt daarom aan het Hof van Justitie de vraag voor welk tijdstip relevant is voor de in het

<sup>33</sup> Zie r.o. 36 van het arrest Kareda/Benkö.

<sup>34</sup> Zie r.o. 39-42 van het arrest Kareda/Benkö.

<sup>35</sup> Oberster Gerichtshof 12 juli 2017, 1 Ob 123/17w, r.o. 4. De uitspraak is te vinden via [www.ogh.gv.at/entscheidungen/](http://www.ogh.gv.at/entscheidungen/) (zoeken op 1 Ob 123/17w, website voor het laatst bezocht op 1 september 2017).

<sup>36</sup> Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/807. Zie daarnaast nr. 2.4 van de conclusie van Vlas voor HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1133, *RvdW* 2013/1341.

<sup>37</sup> Zie nr. 17 van de considerans voor Rome I. Overigens zal 4 lid 1 sub b tot hetzelfde toepasselijke recht leiden als art. 4 lid 2 Rome I, maar daarom gaat het mij hier niet.

<sup>38</sup> Oberster Gerichtshof 31 maart 2016, 1 Ob 31/16i, r.o. 6.4-6.5 (zie eveneens [www.ogh.gv.at/entscheidungen/](http://www.ogh.gv.at/entscheidungen/)).

kader van art. 7 sub 1 onder a Brussel Ibis te verrichten lokalisatie. Het Hof gaat op deze vraag niet in en dat hoeft ook niet, aangezien het Hof van Justitie een geldlening beschouwt als overeenkomst van dienstverlening.

Met deze kwalificatie ben ik het oneens. Mijn eerste bezwaar is dat zij niet in overeenstemming is met het criterium uit het arrest *Falco Privatstiftung*. Weliswaar is het zo dat het ‘verrichten van een prestatie’ betrekking kan hebben op uiteenlopende activiteiten – en daarmee op verschillende (benoemde) overeenkomsten. Mijns inziens zou het daarbij echter steeds moeten gaan om overeenkomsten waarbij de hoofdverbintenis bestaat uit het verrichten van bepaalde werkzaamheden. Het ter beschikking stellen van een geldsom uit hoofde van een geldlening voldoet daar niet aan.<sup>39</sup>

Advocaat-generaal Bot verwijst in zijn conclusie voor het arrest – evenals de verwijzende Oostenrijkse rechter – naar art. 2 sub b van de Richtlijn betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten.<sup>40</sup> Daarin wordt het begrip ‘financiële dienst’ omschreven als “iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen”. Ik vraag mij echter af of deze parallel wel zou moeten worden getrokken. Dient hiervoor niet hetzelfde te worden aangenomen als in het arrest *Falco Privatstiftung* het geval was met het begrip ‘diensten’ in art. 57 VWEU? Gelet op de doelstelling van de richtlijn om te komen tot een zo hoog mogelijk niveau van consumentenbescherming, is het van groot belang om zoveel mogelijk typen overeenkomsten onder haar reikwijdte te scharen. Wat betreft art. 7 sub 1 Brussel Ibis ligt dit – zoals eerder ook bleek – anders. Daarin is immers ook een bevoegdheidsregel te vinden is voor overeenkomsten in het algemeen. Bovendien bevatten de art. 17-19 Brussel Ibis een bijzondere regeling voor bepaalde consumentenovereenkomsten.<sup>41</sup>

Mijn tweede bezwaar is dat de categorie ‘overeenkomst van dienstverlening’ hiermee te veelomvattend is geworden. Waar het Hof van Justitie het in *Falco Privatstiftung* nog van belang achtte dat ook de regel van art. 7 sub 1 onder a Brussel Ibis “nuttig effect” zou behouden, laat zijn uitspraak in het arrest *Kareda/Benkö* niet veel contracttypen over die daar nog onder vallen. Zo valt niet in te zien waarom het ter beschikking stellen van huurgenot uit hoofde van een huurovereenkomst van een roerende zaak (voor onroerende zaken geldt de exclusieve bevoegdheidsregel van art. 24 sub 1 Brussel Ibis) niet eveneens moet worden gezien als overeenkomst van dienstverlening.<sup>42</sup>

Zo blijft de toepassing van art. 7 sub 1 onder a Brussel Ibis in de eerste plaats voorbehouden aan een licentieovereenkomst. Overigens vraag ik mij af of het Hof van Justitie het in gebruik geven van een licentie niet evenzeer als het verrichten van een activiteit zou kunnen aanmerken, als het arrest *Falco Privatstiftung* daaraan niet in de weg zou staan. Daarnaast is voor art. 7 sub 1 onder a Brussel Ibis nog een plaats ingeruimd indien de diensten in een derde land moeten worden verstrekt (dan wel zaken in een derde land moeten worden geleverd) en de regel onder b dus rechtsmacht toekent aan een rechter in een niet-lidstaat. Volgens de Europese wetgever dient in die situatie te worden teruggevallen op de bevoegdheidsregel onder a.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Aldus ook – zij het na enige aarzelingen – Leible 2016, nr. 68.

<sup>40</sup> Richtlijn 2002/65/EG van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, *PbEG* 2002, L 271/16.

<sup>41</sup> Te weten overeenkomsten die voldoen aan één van de in art. 17 lid 1 Brussel Ibis opgesomde voorwaarden.

<sup>42</sup> In Leible 2016, nr. 70 wordt gesteld dat deze overeenkomst niet als overeenkomst van dienstverlening in de zin van art. 7 sub 1 onder b Brussel Ibis wordt aangemerkt.

<sup>43</sup> COM(99)0348 def., artikelsgewijs commentaar op art. 5 Brussel I (in §4.5). Kritisch hierover is Leible 2016, nr. 99.



Men zou natuurlijk, zoals Lehmann doet, het (kennelijke) streven van het Hof van Justitie om de reikwijdte van de overeenkomst van dienstverlening zo ver mogelijk op te rekken, kunnen toejuichen, juist vanwege de omstandigheid dat daarmee het toepassingsbereik van de regel onder a – zijns inziens “overly complicated and outdated” – wordt verkleind.<sup>44</sup> Hoewel de casus uit het arrest Kareda/Benkö laat zien dat art. 7 sub 1 onder b Brussel Ibis inderdaad eenvoudiger toe te passen is, vind ik dit geen goede reden om een overeenkomst van geldlening aan te merken als overeenkomst van dienstverlening.

#### 4. Alternatief?

Nu de wijze waarop art. 7 lid 1 sub a Brussel Ibis al sinds 1976 volgens Hof van Justitie dient te worden toegepast, eigenlijk nooit op veel instemming heeft kunnen rekenen, zou ik in plaats daarvan willen voorstellen om deze benadering dan toch eindelijk te verlaten. Aangezien het Hof aan zijn eigen jurisprudentie zal blijven vasthouden, ligt hier een taak voor de Europese wetgever. Volgens mij kan de bevoegdheidsregel voor contractuele geschillen vrij eenvoudig worden geformuleerd – in ieder geval eenvoudiger dan de huidige redactie van art. 7 sub 1 Brussel Ibis. In navolging van anderen zou de rechtsmacht voor contractuele geschillen mijns inziens moeten worden geconcentreerd op de plaats van uitvoering van de kenmerkende verbintenis.<sup>45</sup> Dit zou aansluiten bij het bepaalde in art. 4 lid 2 Rome I.

Natuurlijk zou ook deze bevoegdheidsregel aanleiding geven voor (nieuwe) uitlegvragen. Eén daarvan betreft de wijze waarop dient te worden omgegaan met de situatie waarin een kenmerkende prestatie ontbreekt. Een sprekend voorbeeld vormt een ruilovereenkomst. Met Leible zou ik voor die situatie willen aannemen dat de rechter van de plaats van nakoming van elk van de hoofdverbintenissen internationale bevoegdheid heeft. Overigens zou ik er ook in dat geval voorstander van zijn om deze rechter bevoegd te achten voor alle geschillen die uit de desbetreffende overeenkomst voortvloeien en om met andere woorden te streven naar een zo groot mogelijke concentratie van rechtsmacht. Eventuele positieve rechtsmachtconflicten dienen te worden opgelost met behulp van de litispendingtieregels van art. 29 Brussel Ibis.

Een problematische kwestie vormt daarnaast de situatie waarin de kenmerkende verbintenis op geen enkele wijze kan worden gelokaliseerd. Te denken valt aan een geheimhoudingsovereenkomst zonder geografische beperking. Daaruit vloeit een verbintenis tot een niet-doen voort die in feite overal dient te worden uitgevoerd. Een verwant voorbeeld kan worden ontleend aan het op 19 februari 2002 gewezen arrest Besix-WABAG: een overeenkomst op grond waarvan partijen afspreken dat zij geen concurrerende overeenkomsten sluiten.<sup>46</sup> Voor dergelijke situaties biedt het alternatief evenmin een oplossing als de huidige bevoegdheidsgrond en zal men, zoals ook het Hof van Justitie in het arrest oordeelde, moeten terugvallen op de hoofdregel van art. 4 Brussel Ibis.<sup>47</sup>

#### 5. Conclusie

Met enige regelmaat vinden aan de Nijmeegse rechtenfaculteit Actualiteitenbijeenkomsten Europees privaatrecht plaats. Mede gelet op de omstandigheid dat ik mij kan voorstellen dat Carla Sieburgh deze na haar aanstelling als raadsheer in de Hoge Raad helaas wat minder frequent kan bijwonen, heb ik het

---

<sup>44</sup> Lehmann 2015, nr. 4.51.

<sup>45</sup> Aldus ook S. Leible, ‘Der Erfüllungsort iSv Art. 5 Nr. lit. b Brüssel I-VO – ein Mysterium’, in: J. Bernreuther e.a. (red.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, München: Sellier 2010, p. 454 en 465; Leible 2016, nr. 39; Kropholler/Von Hein 2011, nr. 31.

<sup>46</sup> HvJ EG 19 februari 2002, C-256/00, *NJ* 2004/149, m.nt. P. Vlas (*Besix/WABAG*).

<sup>47</sup> Zie r.o. 50 van het arrest *Besix/WABAG*.

recente arrest Kareda/Benkö aangegrepen als aanleiding voor deze bijdrage. In dit arrest merkt het Hof van Justitie een geldlening aan als overeenkomst van dienstverlening. Dit betekent dat de rechtsmacht dient te worden beoordeeld aan de hand van art. 7 sub 1 onder b Brussel Ibis. De toepassing van deze bepaling is eenvoudiger dan die van art. 7 sub 1 onder a Brussel Ibis, een regel die sinds de eerste arresten van het Hof van Justitie in 1978 op een problematische wijze is uitgelegd. Voor het verschil in benadering tussen beide regels bestaat geen goede grond. In plaats van het oprekken van de reikwijdte van de regel onder b – en daarmee het verkleinen van die van de regel onder a – zou art. 7 sub 1 Brussel Ibis eenvoudiger kunnen worden vormgegeven. Volgens mij zou kunnen worden volstaan met een uniforme regel op grond waarvan de rechtsmacht voor contractuele geschillen wordt geconcentreerd op de plaats van uitvoering van de kenmerkende verbintenis. Met een dergelijke regel worden alle contracttypen gelijk behandeld, zonder dat dit vereist dat de overeenkomst van dienstverlening zo veelomvattend is, dat zij nietszeggend is geworden.